Das Verhältnis des Gerichtsvollziehers zur Partei.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

Juristischen Fakultät der Universität Erlangen

von

Hermann Nagel,
Referendar.

Hamburg 1895.
Druck von Lütcke & Wulff.

Das Verhältnis des Gerichtsvollziehers zur Partei.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

Juristischen Fakultät der Universität Erlangen

von

Hermann Nagel,
Referendar.

Hamburg 1895.
Druck von Lütcke & Wulff.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41535724_0042

Dem Gedächtnis

seines lieben Vaters

gewidmet.

Das Verhältnis des Gerichtsvollziehers zur Partei.

Litteratur:

1) Windscheid, Pandekten, VII. Aufl. 1891.
2) Dernburg, Pandekten, III. Aufl. Berlin 1892.
3) Dernburg, preuß. Privatrecht, IV. Aufl. Halle 1894.
4) Seuffert, Civilprozeßordnung, V. Aufl. Nördlingen 1886.
5) Gaupp, Civilprozeßordnung, II. Aufl. Freiburg 1892.
6) Sarwey, Civilprozeßordnung. Berlin 1879.
7) L. von Bülow, Civilprozeßordnung, VI. Aufl. Hannover 1886.
8) Wilmowski u. Levy, Civilprozeßordnung, VI. Aufl. Berlin 1892.
9) Planck, Lehrbuch des deutschen Civilprozeßrechts, Bd. I. Nördlingen 1887.
10) Förster-Eccius, preuß. Privatrecht, VI. Aufl. Berlin 1892.
11) Reincke, Civilprozeßordnung, II. Aufl. Berlin 1893.
12) Weissmann, Hauptintervention und Streitgenossenschaft. Leipzig, Duncker u. Humboldt, 1884.
13) Bunsen, Lehre von der Zwangsvollstreckung. Wismar, Hinstorfsche Buchhandlung, 1881.
14) Voss, condictio possessionis und Vollstreckungspfändung. Archiv für civ. Praxis, XXVI. Bd., II. Heft.
15) Jastrow, Rechtsverhältnis zwischen Gerichtsvollzieher und seinem Auftraggeber. Archiv, Bd. 68, S. 358 ff.
16) von Schrutka-Rechtenstamm, Rechtsverhältnis zwischen Exekutionssucher und Exekutionsorgan. Grünhuts Zeitschrift, III. Heft, S. 574 ff.
17) Welck, Die rechtliche Stellung des Gerichtsvollziehers im heutigen deutschen Civilprozeß. Rassow und Küntzel, Bd. 36, Heft 4/5, S. 497—556.

18) Nessel, Interventionsprozeß in der Zwangsvollstreckungsinstanz. Rassow und Küntzel, Bd. VIII.
19) Dunkhase, Kenntnis des Gerichtsvollziehers von der Zahlungseinstellung des Schuldners. Archiv, Bd. 77, S. 100—149.
20) Revidierte Instruktion für die Angestellten des Gerichtsvollzieheramts und die übrigen Gerichtsvollzieher in Hamburg. Sammlung Hamb. Gesetze, Bd. 22, Jahrgang 1882, S. 97 ff.
21) Keyssner, Deutsches Handelsblatt, Jahrgang 1880, S. 93 u. 94.
22) Jur. Wochenschrift, von Haenle und Kempner, No. 30, 31, S. 241.
23) Hahn, Materialien zur Konkursordnung. Berlin 1881.
24) Korn, Anfechtung von Rechtshandlungen. II. Aufl. Berlin 1882.
25) Otto, Anfechtung von Rechtshandlungen. Berlin 1881.
26) Grützmann, Anfechtungsrecht der benachteiligten Konkursgläubiger. Leipzig 1882.
27) Fitting, Reichskonkursrecht, II. Aufl. Berlin 1882.
28) Cosack, Anfechtungsrecht der Gläubiger. Stuttgart 1884.
29) Wilmowski, Konkursordnung, III. Aufl. Berlin 1885.

Das Verhältnis des Gerichtsvollziehers zur Partei.

§ 1.

Bei der Untersuchung der Frage, ob und in wie weit der Gerichtsvollzieher als Vertreter des Gläubigers zu betrachten ist, geht man am besten von der Betrachtung des ganzen Verhältnisses aus, in dem sich die Rechte und Pflichten des Gerichtsvollziehers der Partei gegenüber darstellen.

Über die Stellung des Gerichtsvollziehers, wie sie in der Civilprozeßordnung, der Praxis und der Rechtsprechung des Reichsgerichts festgelegt ist, finden wir zwei Hauptansichten, die beide in geradem Gegensatz zu einander zu stehen scheinen. Die einen betrachten den Gerichtsvollzieher ausschließlich als Beamten, dem seine Befugnisse vom Staat zuerteilt sind, der demgemäß einen fest begrenzten Wirkungskreis hat, und für dessen Verhältnis zu den Parteien somit ausschließlich die Normen zur Anwendung kommen, die das Verhältnis des Beamten in seiner Stellung zu Dritten regeln.

Die andere Ansicht geht von der Voraussetzung aus, daß der Gerichtsvollzieher als Mandatar der Partei und in bestimmten Beziehungen sogar als ihr vollkommener Vertreter zu betrachten sei; erst in zweiter Linie komme auch seine Stellung als Beamter in Betracht.

Wenn wir die gesetzlichen Bestimmungen, die von der Stellung des Gerichtsvollziehers handeln, zunächst

kurz einander gegenüberstellen, so scheinen hiernach beide Ansichten berechtigt zu sein.

Das Reichsrecht erteilt uns Aufschluß im § 155 G.-V.-G., wo es heißt:

„Die Dienst- und Geschäftsverhältnisse der mit den Zustellungen und Vollstreckungen zu betrauenden Beamten werden bei dem Reichsgericht durch den Reichskanzler, bei den Landesgerichten durch die Landesjustizverwaltung bestimmt.“

An dieser Stelle finden wir somit ausdrücklich den Gerichtsvollzieher als Beamten bezeichnet, der im Dienste des Staates steht, und dessen Dienst und Geschäftsverhältnisse staatlicher Aufsicht unterliegen.

Der Gerichtsvollzieher vereinigt in seiner Person zwei Thätigkeiten: er ist einmal Organ für Zustellungen und dann auch für Vollstreckungen. Wenn wir nun zunächst seine Thätigkeit als Zustellungsorgan bei Seite lassen, so finden sich hinsichtlich der Vollstreckungshandlungen für sein Verhältnis zu den Parteien die wesentlichsten Bestimmungen im VIII. Buch der Civilprozeßordnung, über die Zwangsvollstreckung. Für unsere Frage kommen besonders in Betracht die §§ 674, 675 C.-P.-O. Im ersteren wird ausgesprochen, daß der Gerichtsvollzieher die Zwangsvollstreckung im Auftrag des Gläubigers zu bewirken hat, während der Inhalt und die Grenzen dieses Auftrags im § 675 ihre nähere Erläuterung finden.

Über die Auslegung dieser beiden Paragraphen, insbesondere aber über die Interpretation des Worts „Auftrag“ sind nun von jeher die Ansichten verschieden gewesen. Wenn man unbefangen den Sinn dieses Worts so auffaßt, wie es am natürlichsten zu sein scheint, so ist damit unseres Erachtens in ganz klarer Weise ausgesprochen, daß der Gerichtsvollzieher als Beauftragter, als Mandatar des

Gläubigers zu betrachten ist. Dies ist denn auch der Standpunkt, den die herrschende Meinung vertritt.

Somit stehen sich diese zwei Hauptansichten von der Stellung des Gerichtsvollziehers gegenüber, die wir kurzweg als die Beamten- und als die Mandatstheorie bezeichnen können. Im folgenden wollen wir nun untersuchen, welche von ihnen als die besser begründete zu gelten hat, und welche Konsequenzen sich aus ihnen ergeben.

§ 2.

Wenn wir zunächst die Frage der Beamtenstellung des Gerichtsvollziehers in den Kreis unserer Betrachtung ziehen, so kann es ja nach dem § 155 G.-V.-G. keinem Zweifel unterliegen, daß der Gerichtsvollzieher Beamter ist. Er ist der staatlich beglaubigte Beamte für Zustellungs- und Vollstreckungshandlungen; dies ist nicht nur in den Reichsjustizgesetzen von 1879 zum Ausdruck gekommen, sondern auch in der Landesgesetzgebung, die hierin im wesentlichen dem französischen Recht gefolgt ist. „Die Reichsgesetzgebung hat, wie dies Welck[1]) ausdrückt, den Gerichtsvollzieher aus einem reinen Justizverwaltungsorgan zum Organ der Gerichtsbarkeit, zum Träger gerichtlicher Gewalt und damit zur Prozeßperson gemacht, ihn in prozessuale Beziehungen zu den Prozeßpersonen gesetzt."

Wenn der Gerichtsvollzieher demnach legitimiert ist, Vollstreckungs- und Zustellungshandlungen vorzunehmen, so ist dies doch dahin zu begrenzen, daß gewisse Zustellungsakte aus seiner Befugnis ausscheiden. Dies sind diejenigen Zustellungen, welche durch öffentliche Bekanntmachung, welche im Ausland, an Ausländer und durch Vermittlung des Anwalts erfolgen; ebenso ist er auch nicht zu allen Vollstreckungshandlungen legitimiert.

---

[1]) Welck, Rassow und Küntzel, Band 36, Heft 4/5, S. 500.

Es entsteht nun für die Anhänger der Beamtentheorie die Frage, wie sich mit dem so gewonnenen Ergebnis der Beamtenstellung des Gerichtsvollziehers der § 674 C.-P.-O. verträgt? Wenn dieser ein Mandatsverhältnis zwischen Gerichtsvollzieher und Gläubiger konstituiert, so wird durch den § 675 die rechtliche Natur dieses Auftrags noch genauer bestimmt.

Manche, wie Planck,[1]) haben die Schwierigkeit dadurch einfach zu lösen versucht, daß sie argumentieren: Von einem Auftrag ist in den §§ 674, 675 C.-P.-O. gar nicht die Rede in dem Sinn, daß damit ein Mandat verstanden sein soll; das Wort „Auftrag" bedeutet hier so viel wie „Antrag".

Planck meint: „Die Amtshandlungen des Gerichtsvollziehers sind immer obrigkeitliche, und die Partei, die sie begehrt, steht zu ihm in keinem andern Verhältnis, wie jeder, der die Amtshandlungen eines sonstigen Beamten, z. B. des Gerichtsschreibers, ja sogar des Richters durch Nachweisung der gesetzlichen Voraussetzungen und Erfüllung der vorgeschriebenen Bedingungen herbeizuführen bestrebt ist."

Ebenso meint Förster-Eccius[2]), das Auftragsverhältnis sei überhaupt nicht zu berücksichtigen, und der Ausdruck „Auftrag" sei gleichbedeutend mit Antrag. Noch weiter findet sich diese Ansicht ausgeführt von Schrutka-Rechtenstamm [3]), welcher sagt, § 674 C.-P.-O. gäbe zu Mißdeutungen Anlaß, statt der Ausdrücke: „Antrag, Ansuchen, Aufforderung" sei der Ausdruck „Auftrag" gebraucht. Er sucht seine Ansicht im IV. Heft derselben Zeitschrift ausführlich zu begründen; es gäbe

[1]) Planck, I. Band, § 33, S. 136.
[2]) Preuß. Privatrecht, Band II, S. 353, 354.
[3]) Grünhut, III. Heft, S. 575.

zweierlei Bedeutungen des Worts „Auftrag“, einmal sei es = Mandat, einmal = Antrag, Befehl, Geheiß. Es sei somit ein privatrechtlicher und ein amtsrechtlicher Auftrag zu unterscheiden. „In einer ganzen Reihe von Paragraphen der C.-P.-O. ist das Wort „Auftrag“ nur in amtlichem Sinne gemeint, so in den zahlreichen Stellen, welche von einem beauftragten Richter sprechen“.

Wir können uns dieser Ansicht und Beweisführung nicht anschließen. Wenn die oben angeführte Ansicht richtig wäre, müßte sie einen Anhalt in der C.-P.-O. und den Motiven haben, die, wenn sie auch keineswegs eine irgend bindende Kraft für die Auslegung des Gesetzes haben, doch in ihrer Bedeutung für die Frage nach dem Sinne des Gesetzes nicht unterschätzt werden dürfen. Aber weder nach dem Wortlaut des Gesetzes, noch nach den Motiven erscheint uns jene Annahme stichhaltig. Was zunächst den Wortlaut anlangt, so scheint uns der Hinweis von Schrutka-Rechtenstamms auf die zahlreichen Stellen der C.-P.-O., welche von einem beauftragten Richter sprechen, deshalb nicht zutreffend zu sein, weil hier niemals an eine Beauftragung durch die Partei, sondern immer nur an eine amtliche Beauftragung zu denken ist. Der Substantiv „Auftrag“ wird überdies in allen diesen Stellen nicht gebraucht. In gleicher Weise kann ja auch der Gerichtsvollzieher amtlich beauftragt werden (§ 162 G.-V.-G.). Wenn nun aber in den §§ 674—76 C.-P.-O. von der Beauftragung durch den Gläubiger die Rede ist, der als Privatperson amtliche Aufträge nicht erteilen kann, so würde es nicht wohl angehen, in allen einschlägigen Stellen das Wort: „Auftrag“ durch „Antrag“ oder „Ersuchen“ zu ersetzen; besonders unstatthaft würde das im letzten Satze des § 676 C.-P.-O. sein. Ohnehin läßt sich nicht annehmen, daß die C.-P.-O. bei der genauen Terminologie, deren sie sich durchgängig bedient, gerade

in denjenigen Paragraphen, wo die Thätigkeit des Gerichtsvollziehers in Frage kommt, überall von „Auftrag und Beauftragung“ spricht, während sie den Gerichten gegenüber die Parteien immer Anträge stellen läßt. Ein Auftrag aber, der nicht von einer amtlichen Stelle, noch auch Kraft eines Dienstverhältnisses, in welchem der Beauftragte zum Auftraggeber steht, zur Übernahme von Rechtshandlungen erteilt wird, kann nichts anderes als ein Mandat sein; daß der Gerichtsvollzieher für seine Dienstleistung eine Gebühr zu beanspruchen hat, steht dem ebensowenig im Wege, als z. B. die Honorierung des Anwalts; überdies ist ja gemeinrechtlich ein Honorar beim Mandat anerkannt.

Mit dieser Auffassung stimmen auch die Motive überein. Wie diejenige der Reichstagskommission gewesen ist, ergiebt sich aus der Erklärung des Regierungsvertreters von Amtsberg bei Beratung der späteren §§ 716 und 720, eine Erklärung, die bei den Kommissionsmitgliedern auf keinen Widerspruch stieß: Der Entwurf habe in diesen Paragraphen zum Ausdruck bringen wollen, daß der Gerichtsvollzieher Mandatar des Gläubigers sei.[1])

Aus einzelnen Bemerkungen der Kommissionsmitglieder läßt sich ebenfalls schließen, daß sie die Stellung des Gerichtsvollziehers als eine mandatähnliche betrachteten.[2])

Endlich sei noch aus Hahn[3]) folgendes, nicht mißzuverstehendes Citat angeführt: „Aus der Selbständigkeit der Stellung der Gerichtsvollzieher gegenüber dem Gericht folgt ihre Stellung als Beauftragte der Gläubiger, welche ihre Thätigkeit in Anspruch nehmen. Der Umfang der aus dem Auftrag fließenden Befugnisse des Gerichtsvollziehers ist analog denjenigen des Prozeßbevollmächtigten mit Berücksichtigung der veränderten Sachlage bestimmt.“

[1]) Hahn, S. 842.
[2]) Hahn, S. 812 ff.
[3]) Hahn, S. 440.

Welck[1]) macht endlich darauf aufmerksam, daß der Gerichtsvollzieher als Mandatar der Partei gemäß §§ 674—77 C.-P.-O. ebenfalls in den Motiven zum Württembergischen Gesetz über die Zwangsvollstreckung wegen öffentlich-rechtlicher Ansprüche von 1879 anerkannt werde.

§ 3.

Eine fernere Frage ist diese, ob das Mandat des Gerichtsvollziehers zugleich ein Vertretungsverhältnis oder eine Vollmacht einschließt, d. h. die Ermächtigung, Rechtshandlungen mit der Wirkung anzunehmen, als habe sie der Geschäftsherr selbst vollzogen.[2])

Es versteht sich von selbst, daß von denjenigen Schriftstellern, welche auf dem Boden der Beamtentheorie stehen, auch ein Vertretungsverhältnis geleugnet wird. So z. B. kommt Bunsen[3]), der sich auf den § 155 G.-V.-G. beruft, zu dem Resultat, aus der indifferenten Stellung des Gesetzes ergebe sich, daß der Begriff des Gerichtsvollziehers im Sinne der Prozeßordnungen erst durch die Bestimmungen der Landesjustizverwaltungen zur konkreten Gestaltung gebracht werde. „Im Sinne der Civilprozeßordnung, § 674", meint er dann, „ist also Gerichtsvollzieher derjenige, welcher seitens der Landesjustizverwaltung amtlich angewiesen ist, Aufträge zur Zwangsvollstreckung seitens der Gläubiger anzunehmen und nach den Bestimmungen der Civilprozeßordnung zu erledigen".

Dagegen läßt sich auch nichts einwenden, denn hier ist immer noch der Gerichtsvollzieher in seiner Stellung Dritten gegenüber gedacht.

---

[1]) Welck, S. 518.
[2]) Dernburg, Pandekten, Band II, S. 311.
[3]) Bunsen, II. Kap., § 25, S. 116.

Dann aber fährt Bunsen[1]) fort: „Auch dem Gläubiger gegenüber ist der Gerichtsvollzieher Beamter und nur Beamter".

Seine Gründe lassen sich dahin zusammenfassen: Der Gerichtsvollzieher ist deshalb nicht Stellvertreter des Gläubigers, weil er nicht in Vollmacht des Gläubigers diesem durch seine Handlungen Rechte erwirbt, denn der Wille des Gläubigers reicht dazu nicht aus, sondern kraft seiner amtlichen Befugnisse, kraft der in ihm und durch ihn handelnden Staatsgewalt. Der Gerichtsvollzieher kann deshalb nicht Stellvertreter sein, seine Beamtenqualität schließt ein Stellvertretungsverhältnis überhaupt aus. Es liegt also ein Auftrag ohne Vertretungsbefugnis vor. Der Gerichtsvollzieher pfändet wohl im Auftrag des Gläubigers, aber nicht in Vollmacht desselben.

Bunsen erblickt daher mit Eccius und Planck nichts anderes in dem Auftrag, als die Form, in welcher der Gläubiger den Gerichtsvollzieher angeht. Daß dies letztere nicht richtig ist, weil es vor allen Dingen nicht Wille des Gesetzgebers ist, haben wir oben bereits ausgeführt. Daraus ergiebt sich aber auch, daß die daraus gezogenen Folgerungen falsche sind. Richtig ist freilich, daß der Wille des Gläubigers für sich allein nicht ausreicht, diesem durch Handlungen des Gerichtsvollziehers Rechte zu erwerben, sondern daß er dies nur kann, sofern ihm vom Staat die hierzu nötige Zwangsgewalt übertragen ist. Der Gläubiger aber hat zweifellos den Willen, durch den Gerichtsvollzieher die Rechte aus der Pfändung, der Quittierung, der Zahlungsempfangnahme u. s. w. zu erwerben; eben deshalb bedient er sich zu diesem Zwecke des Gerichtsvollziehers als seines Vertreters, weil dieser mit der hierzu erforderlichen staatlichen Zwangsgewalt

[1]) § 26, S. 123.

ausgerüstet ist. Ohne Mandat des Gläubigers aber und allein aus seiner Eigenschaft als Beamter könnte der Gerichtsvollzieher gar nicht handeln.

Wenn dem gegenüber, mit Bezug auf die Pfändung, Nessel [1]) bemerkt: „Der Gläubiger wird durch den Akt der Pfändung nicht vertreten, da er als Privatmann nicht pfänden kann; der Gerichtsvollzieher pfändet daher auch nicht an Stelle des Gläubigers, sondern kraft öffentlichen Rechts als Organ der Staatsgewalt", so scheint uns dieser Satz nur zur Hälfte richtig. Denn unbestritten ist, daß der Gerichtsvollzieher kraft öffentlichen Rechts pfändet; betrachtet man ihn aber mit der Mandatstheorie zugleich als bevollmächtigten Mandatar des Gläubigers, so wird demgemäß unserer Ansicht nach allerdings der Gläubiger durch den Akt der Pfändung vertreten, denn sein Wille ist zweifellos auf die Rechte aus der Pfändung gerichtet.

Wir glauben hierdurch hinlänglich gezeigt zu haben, daß die Ansicht derjenigen, welche den Gerichtsvollzieher ausschließlich als Beamten betrachten, nicht genügend begründet erscheint. Einige Einwendungen und Angriffe, die von jener Seite noch gegen die Mandatstheorie erfolgt sind, werden wir bei der nun folgenden Untersuchung dieser Frage erörtern.

§ 4.

Die Mandatstheorie stützt sich hauptsächlich auf die §§ 674, 675 C.-P.-O. § 674 Abs. 1 lautet:

„Die Zwangsvollstreckung erfolgt, soweit sie nicht den Gerichten zugewiesen ist, durch Gerichtsvollzieher, welche dieselbe im Auftrag des Gläubigers zu bewirken haben."

---

[1]) Rassow und Küntzel, Band VIII, S. 97.

Wenn hier das Verhältnis zwischen Gerichtsvollzieher und Partei als Mandat charakterisiert wird, so wird nach dem § 675 noch ein über das bloße Mandatsverhältnis hinausgehendes Stellvertretungsverhältnis anzunehmen sein. Dieser § 675 sagt nämlich:

„In dem schriftlichen oder mündlichen Auftrag zur Zwangsvollstreckung, in Verbindung mit der Übergabe der vollstreckbaren Ausfertigung liegt die Beauftragung des Gerichtsvollziehers, die Zahlungen oder sonstige Leistungen in Empfang zu nehmen, über das Empfangene wirksam zu quittieren, und dem Schuldner, wenn er seiner Verbindlichkeit genügt hat, die vollstreckbare Ausfertigung auszuliefern."

Die Stellung, die hier das Gesetz dem Gerichtsvollzieher anweist, scheint klar die eines bevollmächtigten Vertreters zu sein. Prüfen wir nun, ob die dazu erforderlichen Voraussetzungen im Gesetze ausgesprochen sind.

Zweierlei ist erforderlich, um ein Stellvertretungsverhältnis zu erzeugen:

1) die Legitimation oder Vollmacht, d. h. die Befugnis, mit rechtlicher Wirksamkeit für den Vertretenen zu handeln,
2) als nach den allgemeinen Rechtsregeln selbstverständliche Voraussetzung des Willen des Stellvertreters, den Geschäftsherrn zu vertreten.

Die Legitimation nun wird dem Gerichtsvollzieher erteilt durch die Übergabe der vollstreckbaren Ausfertigung; sie ist gleichsam das nach außen hin den Gerichtsvollzieher sichtbar machende Erkennungszeichen, welches besagt, daß in seiner Person der Gläubiger handelt. Sie kann Ausfluß einer Vollmacht sein, die die Stellung des Gerichtsvollziehers nach außen hin abgrenzt.

Das innere Verhältnis zwischen Vertreter und Vertretenen beruht dagegen auf einem Mandat. Es ist ja

allerdings möglich, daß jemand bevollmächtigt erscheint, ohne ein Mandant zu haben, und umgekehrt kommt noch häufiger ein Mandat ohne Vollmacht vor.

In unserem Falle trifft beides, Mandat und Vollmacht, zusammen, um den Gerichtsvollzieher zum bevollmächtigten Vertreter der Partei zu machen.

Nachdem wir uns so in kurzen Zügen die Voraussetzungen der Stellvertretung vergegenwärtigt haben, müssen wir uns jetzt klar werden über die Wirkungen, die durch die Stellvertretung im allgemeinen erzeugt werden.

Wenn wir das römische Recht zunächst zur Erkenntnis unserer Frage heranziehen, so ist zu konstatieren, daß ihm zwar der Grundsatz nicht fremd ist, daß, wenn beim Abschluß von Rechtsgeschäften für uns andere derart thätig werden können, die Wirkungen aus dem Rechtsgeschäft in unserer Person zur Geltung kommen. Aber dieser Grundsatz, der heute allgemein und überall anerkannt wird, war auf ein ganz bestimmtes Anwendungsgebiet beschränkt; außerhalb desselben trat im römischen Recht, bei sonst gleichen Bedingungen, keine Stellvertretung ein. So erkannte das römische Recht z. B. den Besitzerwerb durch Stellvertreter an, wie dies insbesondere im Institut der Prokuratoren von praktischer Wichtigkeit war; ferner konnten Stellvertreter durch Bauverbote und Mahnungen die Rechte Dritter wahren.[1])

Außerdem gab es aber noch einen indirekten Weg, um dieselben Wirkungen wie bei der Stellvertretung zu erreichen. So hatte das römische Recht in den actiones adiectitiae qualitatis ein willkommenes Hülfsmittel, um aus den Kontrakten der Hausuntergebenen den Hausherrn,

[1]) Dernburg, Pand., Band 2, § 118, S. 271.

und aus denen der Gewerbsgehülfen den Prinzipal haften zu lassen.

Erst das moderne Recht hat die Stellvertretung allgemein anerkannt, in den meisten Gesetzbüchern der Neuzeit findet sie sich, so besonders im Handelsgesetzbuch, wie Art. 52, 298, 230, 241 beweisen.

Wenn nun auch hinsichtlich der rechtlichen Konstruktion der Stellvertretung die einzelnen Schriftsteller in ihren Definitionen sehr von einander abweichen, sodaß es zu weit führen würde, dieselben hier näher zu erörtern, besteht doch über die Wirkungen der direkten Stellvertretung Übereinstimmung.

Windscheid[1]) definiert dieselben folgendermaßen: „Sobald jemand seinen Willen erklärt, mit der hinzugefügten (ausdrücklichen oder stillschweigenden) Erklärung, daß er für einen anderen handle, so hat dies, vorausgesetzt, daß er die Grenzen seiner Vertretung nicht überschritt, für ihn gar keine Wirkung, für denjenigen aber, für welchen er handelt, die gleiche Wirkung, als hätte dieser selbst gehandelt."

§ 5.

Nach diesen orientierenden Bemerkungen über die Natur und die Wirkungen der Stellvertretung kehren wir jetzt zu der Betrachtung der Frage zurück, wie demgemäß die Stellung des Gerichtsvollziehers als Vertreter des Gläubigers aufzufassen ist.

Wir haben oben schon gesehen, wie sich aus dem § 671 ergiebt, daß der Gerichtsvollzieher Mandatar ist, aus dem § 675 dagegen, daß für einen bestimmten Kreis von Zwangsvollstreckungshandlungen ihm eine Vollmacht erteilt wird; mithin ergiebt sich die Stellung des Gerichtsvollziehers als eines legitimierten Vertreters der Partei.

[1]) Pandekten, § 73, und Anm. 16.

Manche Schriftsteller, wie Wilmowski[1]), fassen das Verhältnis zwischen Gerichtsvollzieher und Partei als eine Legalvollmacht, als ein gesetzliches Vertretungsverhältnis auf.

Dem steht auch nichts im Wege, wenn diese Konstruktion nur besagen soll, daß die Vertretung durch den Gerichtsvollzieher als eine vom Gesetz geachtete und mit bestimmten rechtlichen Wirkungen versehene zu betrachten ist.

Unrichtig aber wäre es, wenn Wilmowski damit sagen will: Der Gerichtsvollzieher ist gesetzlicher Vertreter. Dies ist der Gerichtsvollzieher ebensowenig wie etwa der Prokurist oder der Prozeßbevollmächtigte. Auch ihre Thätigkeit im Verhältnis zur Partei ist eine rechtlich geregelte, auch sie haben einen vom Gesetz klar bestimmten und fest umgrenzten Wirkungskreis, innerhalb dessen ihr Handeln für die Partei rechtsverbindlich ist. Wie bei ihnen, so ist auch beim Gerichtsvollzieher der Umfang der Vollmacht gesetzlich bestimmt.

Wenn nun andererseits der Gerichtsvollzieher auch staatlicher Beamter ist, und seine Eigenschaft als Gerichtsvollzieher somit eine öffentlich-rechtliche ist, sodaß für ihn die Normen, wie sie der Staat seinen Beamten gegenüber festgesetzt hat, zur Anwendung kommen, so entsteht immer die schwierige Frage: „ist die Beamtenqualität des Gerichtsvollziehers oder seine Stellung als Mandatar des Gläubigers als maßgebendes Moment zu betrachten?“.

Uns scheint jede Lösung dieser Frage einseitig nach der einen oder anderen Richtung hin verfehlt. Will man sich nicht mit der klaren Bestimmung des Gesetzes in Widerspruch setzen, welches den Gerichtsvollzieher als Beamten bezeichnet, trotzdem aber auch seine Vertretungsqualität gemäß §§ 674, 675 C.-P.-O. bezeugt, so erscheint als

[1]) Civilprozeßordnung, § 675, S. 779.

einfache Lösung des Problems die Antwort zutreffend: Der Gerichtsvollzieher vereinigt beide Seiten in seiner Person.

An und für sich ist weder das Mandats- resp. Vollmachts-, noch das Beamtenverhältnis maßgebend. Vielmehr ist zu sagen: In den einzelnen rechtlichen Beziehungen, die die Stellung des Gerichtsvollziehers zur Partei, zum Dritten und zum Staat erzeugt, ist zu untersuchen, welches Verhältnis Platz greift.

Wir finden eine Stütze unserer Ansicht in den von Jastrow[1]) veröffentlichten Aufsatz. Dieser Schriftsteller äußert sich folgendermaßen: „Geht man davon aus, daß der Beamtenbegriff es zuläßt, daß der Beamte nicht bloß nebenher und zufällig, sondern gerade wesentlich behufs Erfüllung seines Amtes als civilrechtlicher Beauftragter zu handeln berufen ist, so läßt sich dies auch verstehen, wenn es sich um Ausübung obrigkeitlicher Gewalt zum Behuf des Rechtschutzes der Privaten handelt.

Es ist der Staat, der den Rechtsschutz durch seine Organe verwirklicht, aber er stellt diese Organe in den Dienst und zur Verfügung der Partei; indem sie als Beauftragte der letzteren vollstrecken, treten beide Sätze, daß der Gläubiger das Urteil vollstreckt, und daß der Staat Inhaber der Zwangsgewalt ist, mit gleicher Berechtigung in die Erscheinung."

Von Schrutka-Rechtenstamm,[2]) einer der eifrigsten Verfechter der Beamtentheorie, meint, die Gerichtsvollzieher erschienen als Nachfolger der alten Exekutoren, insbesondere nach außen hin. Die letzteren wären nur thätig geworden auf Grund eines Auftrags des Gerichts, nämlich des Auftrags, welchen das Gericht auf Antrag des Exekutionsführers an sie als Unterbeamte des Gerichts ergehen ließ.

[1]) Jastrow, Archiv Band 68, S. 365.
[2]) Grünhut, Heft III, S. 575.

Zugegeben auch, daß die Exekutoren wirklich diese Stellung gehabt haben, so ist damit doch für die Entscheidung unserer Frage nichts gewonnen. Denn der deutsche Gerichtsvollzieher hatte zum Vorbild den französischen Huissier, und daß dieser als Vertreter der beauftragenden Partei handelte, ist die Ansicht der französischen Prozessualisten.

Wie Welck[1]) ausführlich dargethan hat, stehen aber auch die anderen Prozeßsysteme, welche der Civilprozeßordnung zum Vorbild gedient haben, sämtlich auf dem Standpunkt der Vertretungstheorie. Es sind dies die folgenden:

1) Die bürgerliche Prozeßordnung für das Königreich Hannover, vom Jahre 1850,
2) die Prozeßordnung in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten für das Königreich Bayern,
3) das rheinisch-französische Prozeßrecht.

Wenn alle diese Prozeßsysteme, auf die sich unsere Civilprozeßordnung im wesentlichen stützt, die Stellenvertretungstheorie durchgeführt haben, so erscheint es uns nicht wohl angängig, wenn man trotzdem versucht, dies einfach hinweg zu interpretieren. Charakteristisch ist es schließlich auch, wenn von Schrutka-Rechtenstamm[2]) doch zugeben muß, daß, so weit Handlungen des § 675 C.-P.-O. in Frage kämen, die Mandatstheorie allerdings Anwendung finde. „Über die engen Grenzen dieses Paragraphen geht aber die Mandatstheorie nicht hinaus", setzt er einschränkend hinzu.

Einen eigentümlichen Vorschlag zur Lösung der Schwierigkeit macht Weissmann.[3]) Er konstruiert nämlich folgendermaßen:

[1]) S. 518 ff.
[2]) S. 581.
[3]) Hauptintervention und Streitgenossenschaft, § 12, S. 45.

„Das Recht auf die Zwangsvollstreckung ist nicht das Recht auf den Erfolg der Zwangsvollstreckung. Der Staat hat das Recht zur Zwangsvollstreckung, aber er hat nicht das Recht auf den Erfolg der Zwangsvollstreckung; dieses hat der Kläger".

Und so gewinnt er denn folgendes Resultat [1]): „Der Gerichtsvollzieher ist hinsichtlich des Erfolgs der Zwangsvollstreckung Stellvertreter des Gläubigers, sofern er für ihn die Sache in Besitz nimmt, nicht insofern er zwangsweise den Schuldner aus dem Besitz der Sache setzt; Stellvertreter des Gläubigers, insofern er für ihn das Pfand in Besitz nimmt, nicht insofern er pfändet u. s. w.".

Dieses Resultat mag theoretisch ganz schön sein, obwohl es uns etwas künstlich konstruiert erscheint. Wie man aber praktisch sich dies vorstellen soll, z. B. wann der Gerichtsvollzieher aufhört Beamter, und wann er anfängt Vertreter zu sein, ist uns nicht recht erfindlich. Darin stimmt ja Weissmann mit der herrschenden Lehre überein, daß er den Gerichtsvollzieher ebenfalls als Vertreter des Gläubigers betrachtet.

§ 6.

Was weiter die Rechtsprechung der obersten Gerichte bezüglich unserer Frage anlangt, so hat diese mehrfach geschwankt. Wenn man ausschließlich die öffentlichrechtliche Seite des Verhältnisses in den Vordergrund stellen will, kann man keine Wirkungen aus einem Vertretungsverhältnis annehmen. So heißt es in einer Entscheidung des Oberlandesgerichts Hamburg [2]): „Der Gerichtsvollzieher ist bei Ausführung der Zwangsvollstreckung zunächst staatliches Organ und nicht Stellvertreter des Gläubigers".

[1]) Anm. 8 ebenda.

[2]) Seufferts Archiv, Band 37, No. 358.

Ebenso heißt es in einer Entscheidung des Oberlandesgerichts Kiel [1]): „Der Gerichtsvollzieher wird als Beamter des Gerichts von Amtswegen, nicht als Vertreter des Gläubigers thätig".

Was das Reichsgericht betrifft, so hat es in einigen Entscheidungen angenommen, daß die Amtshandlungen der Gerichtsvollzieher obrigkeitliche sind, und die Partei zu ihm stehe, wie jeder andere einem Beamten gegenübersteht.[2])

In einer anderen Entscheidung [3]) hat es zwar anerkannt, daß gewisse civilrechtliche Konsequenzen sich ergäben aus dem der Prozeßordnung zu Grunde liegenden Prinzip des Prozeßbetriebs durch die Parteien; „diese heben aber nicht auf und berühren nicht die Stellung, welche der Gerichtsvollzieher als Träger eines öffentlichen und eines Staatsamts einnimmt".

Die doppelte Stellung des Gerichtsvollziehers wird jedoch in der bekannten Entscheidung der vereinigten Civilsenate anerkannt.[4]) In den Gründen heißt es, daß nach der Civilprozeßordnung das Rechtsverhältniß zwischen dem Gerichtsvollzieher und dem ihn mit der Vornahme der Zwangsvollstreckung beauftragenden Gläubiger nach den Grundsätzen des Mandats gesetzlich geregelt, der Gerichtsvollzieher im Verhältnis zu dem ihn beauftragenden Gläubiger die Stellung eines Mandatars hat, und daher auch seine Vertretungspflicht nach den für das Mandat bestehenden Rechtsnormen sich regelt.

Diese Anschauung wird auch von der herrschenden Lehre geteilt. So bemerkt Sarwey[5]): „Eine Folge des

[1]) Seufferts Archiv, Band 37, No. 281.
[2]) Band IX, S. 106. X. S. 110.
[3]) Band X, S. 233.
[4]) Band XVI, S. 396 ff.
[5]) Civilprozeßordnung, § 674, Anm. 1.

Betriebs der Vollstreckung durch die Partei und der Selbständigkeit der Gerichtsvollzieher dem Gericht gegenüber ist, daß dieselben als Beauftragte der Partei handeln, welche ihre Thätigkeit direkt oder durch Vermittlung des Gerichtsschreibers in Anspruch nimmt."

Zustimmend äußert sich auch Wilmowski[1]): „Der Gerichtsvollzieher wird zum Mandatar der Partei mit allen civilrechtlichen Konsequenzen, insbesondere auch mit dem Anspruch auf Erstattung der Gebühren und gesetzlichen Auslagen, gemacht. In dieser Eigenschaft und nicht als Beauftragter des Gerichts hat er zu handeln, jedoch immerhin als öffentlicher Vollstreckungsbeamter. Er ist zu gleicher Zeit Bevollmächtigter der Partei, Leiter der Exekution und Exekutor."

Zu demselben Ergebnis gelangt schließlich eine Betrachtung über die Rechtsprechung des Reichsgerichts in civilprozessualen Fragen.[2]) Es heißt da, indem die Ansicht von Eccius, daß das Auftragsverhältnis überhaupt nicht zu berücksichtigen sei, verworfen wird: „Im Gegenteil wird auf Grund der Civilprozeßordnung das Rechtsverhältnis des Auftrags mit dessen Konsequenzen zu Grunde zu legen sein, und nur insoweit in einzelnen Beziehungen eine Modifikation zu erleiden haben, als die Beamteneigenschaft die Geltendmachung der staatlichen Autorität unter Beobachtung der gesetzlichen Vorschriften bei der Ausführung des Auftrags erheischt oder die Vollstreckungsakte durch ihre Eigenschaft als obrigkeitliche Machtakte einen Einfluß auf das Rechtsverhältnis hat."

§ 7.

In eigenartiger und selbständiger Weise ist die Verschmelzung der Beamten- und Mandatarstellung des

[1]) Civilprozeßordnung, § 675, S. 773.

[2]) Juristische Wochenschrift von Haenle und Kempner, No. 30, 31. S. 241.

Gerichtsvollziehers in Hamburg durchgeführt, wie sie uns in dem Hamburgischen Gesetz betr. das Gerichtsvollzieherwesen, und in der revidierten Instruktion für die Angestellten des Gerichtsvollzieheramts vorliegt. Durch das erstere Gesetz wurde für den Hamburgischen Staat ein eigenes Gerichtsvollzieheramt geschaffen, dessen Zuständigkeit § 1 regelt, wo es heißt: „Die Beschaffung der Zustellungen, Ladungen und Vollstreckungen erfolgt durch das Gerichtsvollzieheramt.“ Die weiteren Bestimmungen dieses Gesetzes erstrecken sich auf die Organisation, Einrichtung von eigenen Büreaus, Prüfungen der Beamten usw. Dagegen findet sich die Thätigkeit und die Stellung der Gerichtsvollzieher zur Partei und zum Schuldner im einzelnen geregelt in der revidierten Instruktion für die Angestellten des Gerichtsvollzieheramts.

Schon gleich die ersten Paragraphen dieses Gesetzes belehren uns darüber, daß hier die Stellung des Gerichtsvollziehers unzweifelhaft als die eines Beamten aufgefaßt wird

Im § 1 z. B. ist ein Verbot der Annahme von Geschenken oder Gratifikationen für dienstliche Leistungen enthalten. Für die Stellung der Gerichtsvollzieher als Beamte, die ex officio das öffentliche, staatliche Interesse wahrzunehmen haben, läßt sich § 41 des Gesetzes anführen. Es heißt hier, daß es vorkommen kann, daß trotz Vorlegung der vollstreckbaren Ausfertigung nicht ohne weiteres zur Zwangsvollstreckung übergegangen werden darf. Dies tritt deshalb ein, weil, wie es dort heißt: „das Gerichtsvollzieheramt bezw. die Gerichtsvollzieher in jedem einzelnen Fall zu beachten haben, daß ihnen die selbstständige Feststellung solcher Voraussetzungen der Zwangsvollstreckung obliegt, vor deren Eintritt zwar die vollstreckbare Ausfertigung erteilt wird, gleichwohl aber mit der Zwangsvollstreckung noch nicht vorgegangen

werden darf", worauf dann die Aufzählung der einzelnen Fälle erfolgt.

Andererseits erhellt aus verschiedenen Paragraphen, daß der Gerichtsvollzieher Beauftragter ist. So z. B. sagt § 36: „Der Auftrag zur Zwangsvollstreckung wird von dem Gläubiger selbst — nicht durch das Gericht — erteilt". Daß der Gerichtsvollzieher immer das Interesse seines Auftraggebers durch Beobachtung seiner Anweisungen zu verfolgen hat, ergiebt der § 46, welcher lautet:

„Auf Anweisung des Gläubigers hat der Gerichtsvollzieher nach Maßgabe derselben jederzeit die Zwangsvollstreckung völlig oder teilweise einzustellen oder zu beschränken".

Daß der Gerichtsvollzieher nicht über seinen Auftrag hinausgehen darf, und daß besonders bei außerhalb seines Mandats liegenden Fällen zuerst Instruktion des Gläubigers erforderlich ist, dafür läßt sich noch § 51 anführen, wonach der Gerichtsvollzieher einer Spezialvollmacht zur Pfändung solcher Sachen bedarf, über deren Verkauf oder Tradition eine gehörig beglaubigte Akte vorgewiesen wird.

Wenn hier nun Normen des Landesprozeßrechts über die Rechtsstellung des Gerichtsvollziehers angeführt werden, so scheint wohl eine kurze Untersuchung der Frage am Platz, welches denn das Verhältnis des Reichsprozeßrechts zum Landesrecht ist?

Nach dem § 14 E.-G. C.-P.-O. treten die prozeßrechtlichen Vorschriften der Landesgesetze für alle bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten, deren Entscheidung in Gemäßheit des § 3 nach den Vorschriften der Civilprozeßordnung zu erfolgen hat, außer Kraft, soweit nicht in der Civilprozeßordnung auf sie verwiesen oder soweit nicht bestimmt ist, daß sie nicht berührt werden.

Damit ist gesagt, daß einmal die landesgesetzlichen Vorschriften in Kraft bleiben, soweit sie sich auf Rechts-

streitigkeiten beziehen, welche nach § 3 E.-G. nicht vor die ordentlichen Gerichte gehören, zweitens für alle Sachen der nichtstreitigen Gerichtsbarkeit, endlich, wenn die Civilprozeßordnung selbst ausdrücklich auf sie hinweist, wie dies z. B. in den §§ 706, 731, 774 der Fall ist.

Jedenfalls ergiebt sich aus allen den angeführten Bestimmungen des Hamburgischen Gesetzes, daß sich die beiden Seiten der gerichtsvollzieherischen Thätigkeit, seine Stellung als Beamter und seine Stellung als Beauftragter des Gläubigers, sehr gut mit einander vereinigen lassen.

§ 8.

Bislang hatten wir wahrgenommen, daß der Gerichtsvollzieher eine zweifache Stellung einnimmt, nämlich diejenige eines Beamten und eines Mandatars des Gläubigers. Korn[1]) bringt noch eine dritte Beziehung in die Stellung des Gerichtsvollziehers. Nachdem er die beiden oben genannten erwähnt, meinte er, man könne den Gerichtsvollzieher auch als Mandatar des Schuldners auffassen. Für diese Ansicht beruft sich dieser Schriftsteller auf die Motive zur Konkursordnung.[2]) Dort heißt es: „Denn nach dem Entwurf der Prozeßordnung wird die Auffassung anerkannt werden müssen, daß die im Wege der Pfändung durch den Gerichtsvollzieher oder das Gericht bewirkte Leistung aus dem Vermögen des Schuldners in dessen Stellvertretung erfolgt, daß also mit der Handlung des Gläubigers eine Handlung des Gemeinschuldners konkurriert.“ Dieselbe Auffassung teilt Otto,[3]) während dagegen Grützmann[4]) mit Recht bemerkt, daß der Schuldner dazu weder Vollmacht gegeben habe, noch daß er

[1]) Anfechtung von Rechtshandlungen, S. 55 ff.
[2]) Hahn, S. 120 a, Ende.
[3]) Otto, S. 89.
[4]) Grützmann, S. 150.

handlungsunfähig und bevormundet sei, eine Auffassung, die von Fitting[1]) und Cosack[2]) geteilt wird.

Wenn der Gerichtsvollzieher gemäß §§ 723, 724 C.-P.-O. ermächtigt sein soll, Erklärungen an Stelle des Schuldners abzugeben, so ist hierin nicht, wie von Schrutka-Rechtenstamm meint, an eine Stellvertretung des Schuldners gedacht, dann müßte es wohl besser im Namen des Schuldners lauten, sondern es soll hiermit nur die Fiktion der Zwangsvollstreckung gewahrt werden.

Sprechen nun die §§ 674, 675 C.-P.-O. das allgemeine Vertretungsprinzip für die Zwangsvollstreckung aus, so ergiebt sich auch aus anderen, in der Civilprozeßordnung ausgesprochenen Bestimmungen, daß ein Vertretungsverhältnis zwischen Gläubiger und Gerichtsvollzieher obwaltet. So tritt z. B. gemäß § 716 Abs. 2 und § 720 C.-P.-O. mit der Empfangnahme des Erlöses der versteigerten Sachen durch den Gerichtsvollzieher oder mit der zum Zweck der Pfändung erfolgenden Wegnahme von Geld die Befreiung des Schuldners ein, falls dieser nicht durch Sicherheitsleistung oder durch Hinterlegung die Vollstreckung abzuwenden berechtigt ist. Somit ist unseres Erachtens hier deutlich ausgesprochen, daß eine Handlung des Gerichtsvollziehers die Wirkung einer Handlung der Partei hat. Mit diesen beiden Paragraphen der Civilprozeßordnung wissen sich denn die Gegner auch nur durch künstliche Konstruktionen abzufinden.

Wir glauben durch die bisherigen Erörterungen hinlänglich dargethan zu haben, daß der Gerichtsvollzieher nicht bloß als Beamter, sondern auch als Vertreter der Partei thätig wird. Wir können die Stellung des Gerichtsvollziehers also dahin definieren: Der Gerichtsvollzieher

[1]) Fitting, § 15, Anm. 13.
[2]) Cosack, S. 89, 90.

wird innerhalb des vom Gesetz ihm zugewiesenen Wirkungskreises als Beamter des Staats thätig. Zugleich erscheint er als Vertreter des Gläubigers, und zwar nach bestimmten Richtungen hin. Nämlich einmal wenn der Gläubiger den Gerichtsvollzieher beauftragt hat, und seine Handlung sich innerhalb des Rahmens seines amtlichen Wirkungskreises hält. Andererseits haben aber auch diejenigen Handlungen des Gerichtsvollziehers Vertretungswirkung, zu denen er durch eine besondere, über die Civilprozeßordnung hinausgehende Vollmacht ermächtigt ist, wie z. B. wenn ihm der Gläubiger zur Annahme einer insolutum datio, oder zur Fristgewährung, Stundung und dgl. ermächtigt.

§ 9.

Wenn wir nun auch annehmen, daß der Gerichtsvollzieher als Vertreter des Gläubigers bei der Zwangsvollstreckung zu betrachten ist, so fragt sich doch immer noch, ob diese Regel so kurzweg als allgemeine ausgesprochen werden kann? Oder mit anderen Worten: Existiert ein allgemeines Vertretungsverhältnis zwischen Gläubiger und Gerichtsvollzieher, oder tritt es nur in bestimmten Fällen in Kraft?

Diese Frage, die von jeher unter den Anhängern der Stellvertretungstheorie ebenfalls streitig gewesen ist, wird z. B. praktisch bei der Entscheidung der bekannten Streitfrage, ob die Kenntnis des Gerichtsvollziehers von der Zahlungseinstellung des Schuldners dem Gläubiger schadet, ein Problem, das uns noch weiter unten beschäftigen wird.

Ziehen wir zunächst wieder das Gesetz zu Rate! In den §§ 674, 675 C.-P.-O. wird von einer bestimmten Art von Vollstreckungsakten gesprochen, bei denen der Gerichtsvollzieher als Stellvertreter des Gläubigers erscheint. Er ist nach den Worten des Gesetzes beauftragt, die

Zahlungen oder sonstigen Leistungen in Empfang zu nehmen, über das empfangene wirksam zu quittieren, und dem Schuldner, wenn dieser seiner Verbindlichkeit genügt hat, die vollstreckbare Ausfertigung auszuliefern. Der Kreis seiner für die Partei verbindlichen Rechtshandlungen ist damit noch nicht umschrieben. Es läßt sich hier ferner noch § 709 Abs. 1 und 2 und § 720 C.-P.-O. anführen, welche bestimmen, daß die vom Gerichtsvollzieher vorgenommene Pfändung als für den Gläubiger rechtlich wirksam zu betrachten ist, und daß der Erlös der vom Gerichtsvollzieher versteigerten Pfandsachen die vom Schuldner gezahlte Geldsumme darstellt.

Dem Gerichtsvollzieher ist ferner die Wahl der zu pfändenden Gegenstände überlassen. In allen diesen, vom Gesetz normierten Bestimmungen der Civilprozeßordnung, zeigt sich ganz deutlich, daß der Gerichtsvollzieher auf Grund seiner Vollmacht thätig wird. Er ist also thatsächlich Stellvertreter im Willen, aber nur auf einen beschränkten Teil seiner Zwangsvollstreckungshandlungen, und zwar entweder da, wo sich dies nach dem Princip und Wesen der Stellvertretung von selbst ergiebt, oder wo eine ausdrückliche, gesetzliche Bestimmung darauf hinweist.

Wenn deshalb Welck[1]) meint, daß der Gerichtsvollzieher in vollem Umfange der ihm von der Partei anvertrauten Thätigkeit mit voller Wirkung für die Partei handelt, sodaß diese die von ihm vorgenommenen Handlungen für und gegen sich gelten lassen darf und muß, so ist unseres Erachtens dieser Satz eben dahin einzuschränken, daß die Vertretung nur gilt, wenn der Gerichtsvollzieher innerhalb seiner Legalvollmacht handelt. Der Gerichtsvollzieher kann also nicht, ohne besondere

[1]) S. 531.

Vollmacht zu haben, Vergleiche schließen, Nachlaß oder Stundung gewähren und Hingabe an Zahlungsstatt annehmen. Allgemein anerkannt ist, daß er sich zwar mit Genehmigung des Gläubigers einen Substituten ernennen darf; nicht aber darf er beliebig substituieren.

Unserer Ansicht ist auch Jastrow, welcher ebenfalls ein doppeltes Verhältnis, das der Partei zum Beamten und das des Vollmachtgebers zum Beauftragten annimmt. Er meint nämlich [1]): „Als Vollstreckungsbeamter ist der Gerichtsvollzieher Bevollmächtigter der Partei, denn hier liegt ihm nicht nur eine thatsächliche, sondern auch eine rechtliche Vertretung des Auftraggebers ob, indem er eigene Willensthätigkeit für denselben zu entfalten berufen ist, wie sich dies am deutlichsten in der Zahlungsempfangnahme und der Quittungsleistung zeigt."

Schließlich meint auch das Reichsgericht in einer Entscheidung [2]): „Weiter als das Gesetz es bestimmt, geht die Vertretungsbefugnis des Gerichtsvollziehers nicht", was von Gaupp [3]) fast mit denselben Worten gesagt wird. Dies soll unseres Erachtens doch wohl heißen, daß, wenn die Bestimmungen der Civilprozeßordnung über das Vertretungsverhältnis überschritten werden, die Handlung des Gerichtsvollziehers für den Gläubiger keine Wirkung hat, falls diese nicht aus einem besonderen Grunde hergeleitet werden kann. Ein solcher würde z. B. vorliegen, wenn im Fall der §§ 712/13 C.-P.-O. der Gerichtsvollzieher einen Dritten im speziellen Auftrag des Gläubigers spoliiert. Der Regel gemäß dürfen Sachen des Schuldners, die sich im Besitz eines Dritten befinden, nur gepfändet werden, wenn der Dritte zur Herausgabe bereit ist, worauf dann die Pfändung nach § 712 C.-P.-O.

[1]) S. 570.
[2]) Band IX, S. 393.
[3]) II. Band, § 674, S. 353, I. Anm. 2.

erfolgt. Nun kann aber der Fall eintreten, daß der Gläubiger den Gerichtsvollzieher mit der Pfändung beauftragt, ohne sich vorher von der Bereitwilligkeit des Dritten überzeugt zu haben. Ist der Dritte nicht zur Herausgabe bereit und pfändet der Gerichtsvollzieher trotz seines Widerspruchs, so liegt ein Spolium vor, und der spoliierte Dritte kann gegen den Gläubiger die Spolienklage anstellen. Dies nimmt auch das Reichsgericht [1]) an, wenn es sagt: „In einer solchen ungesetzlichen Pfändung ist eine widerrechtliche, eigenmächtige Besitzentsetzung enthalten. Die Spolienklage ist aber nach der Ausbildung, welche sie durch die Praxis erhalten hat, bestimmt, in umfassendster Weise Schutz gegen Eigenmacht zu gewähren, sie kann von einem jeden angestellt werden, welcher eigenmächtig aus dem Besitz gesetzt ist".

In einem solchen Fall, wo sich die Pfändung aus dem besonderen Grunde eines speziellen Mandats herleitet, hat also die Handlung des Gerichtsvollziehers Vertretungswirkung für den Gläubiger.

§ 10.

Nachdem wir diese Betrachtung angestellt haben, sind wir jetzt im Stande, der interessanten Streitfrage näher zu treten, ob die Kenntnis des Gerichtsvollziehers von der Zahlungseinstellung des Schuldners dem Gläubiger schadet? Diese Frage wird nämlich praktisch im Bereich des § 23 K.-O., der von der Anfechtbarkeit der Rechtshandlungen handelt, die nach der Zahlungseinstellung des Schuldners oder einem derselben gleichstehenden kritischen Zeitpunkt erfolgt sind. Erfolgt nämlich nach einem dieser kritischen Zeitpunkte eine Rechtshandlung des Gemeinschuldners, die einem Konkursgläubiger eine Sicherung

[1]) R.-G. Band XIV, S. 358 ff.

oder Befriedigung gewährt, die er nicht oder nicht in der Art oder nicht zu der Zeit zu beanspruchen hatte — wozu herrschender Ansicht nach auch die im Wege der Zwangsvollstreckung erfolgte Pfändung gehört — und beweist der Gläubiger nicht seine Unkenntnis dieses Zeitpunkts und seine bona fides, so gilt diese Rechtshandlung als anfechtbar, da sie objektiv die anderen Konkursgläubiger benachteiligt.

Wie steht es nun aber, wenn der Gerichtsvollzieher, der als Vertreter des Gläubigers pfändet, die Zahlungseinstellung des Schuldners kennt, der Gläubiger sie aber nicht kennt? Die herrschende Ansicht kommt zum Resultat, daß die Kenntnis des Vertreters notwendig dem Vertretenen schaden müsse.

So bemerkt Wilmowski[1]): „Handelte der andere Teil durch einen Bevollmächtigten, so ist nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen, weil dessen Willenserklärung als die des Vertretenen gilt, die Kenntnis des Bevollmächtigten genügend, um den Anfechtungsanspruch zu begründen. Bei Anfechtung einer Pfändung genügt daher die Kenntnis des Prozeßbevollmächtigten, welcher sie bewirken läßt, ebenso des Gerichtsvollziehers, welcher für den Gläubiger pfändet".

Zu demselben Resultat gelangt Keyssner[2]): „War zur Zeit der Pfändung im Wege der Zwangsvollstreckung oder der Arrestlegung dem Gläubiger bekannt, oder dem Prozeßbevollmächtigten und dem Gerichtsvollzieher, daß der Schuldner seine Zahlungen eingestellt oder die Eröffnung des Konkurses beantragt habe, so ist auf Grund dessen der Verwalter des Konkurses zur Anfechtung des

[1]) Konkursordnung, § 23, Anm. 4.

[2]) Deutsches Handelsblatt, Jahrgang 1880, S. 92, 93.

Pfandrechtes berechtigt", eine Auffassung, die auch Cosack [1]) teilt.

Wenn wir die römischen Quellen befragen, so haben diese über die Stellvertretung und ihre Wirkungen keine Aussprüche und vermögen uns deshalb keinen Aufschluß zu erteilen, da sie die Stellvertretung ja nur in sehr geringem Maße anerkannten. Es scheint aber eine unserm Prozeßbevollmächtigten ähnliche Institution, die der Prokuratoren, bestanden zu haben. Nach Dernburg [2]), der sich auf die Untersuchungen von Schlossmann stützt, nahmen diese Prokuratoren zu ihrem Herrn eine persönliche Vertrauensstellung ein, und kontrasierten regelmäßig für dieselben. Daß nun ihre Kenntnis ihrem dominus schadete, ergeben die folgenden Stellen:

Procuratoris autem scientiam et dolum nocere debere domino, neque Pomponius dubitat, neque nos dubitamus (L. 5 pr. D. 14, 4. de tributoria actione), sowie ferner

Sed si per procuratorem scientem quis emerit, ei nocet, sicuti tutoris quoque nocere Labeo putat. (L. 22, § 5, D. 40, 12 de libera causa).

Für die Frage, ob die Kenntnis eines vollkommenen Prozeßbevollmächtigten dem Vertretenen schade, würden diese Stellen unserer Meinung nach auch beweiskräftig sein.

Aber gelten sie auch für den Gerichtsvollzieher, dessen Vollmacht, wie wir oben gesehen haben, auf einen bestimmten Kreis von Rechtshandlungen beschränkt ist?

§ 11.

Den richtigen Gesichtspunkt macht hier unserer Ansicht nach Dunkhase [3]) in seiner Abhandlung geltend:

[1]) Cosack, S. 186, 187.

[2]) Pandekten, Band I, S. 273, Anm. 11.

[3]) Archiv für civilistische Praxis, Band 77, S. 100—149.

Schadet die Kenntnis des Gerichtsvollziehers von der Zahlungseinstellung des Schuldners dem Gläubiger?

Seine Ausführungen gipfeln im wesentlichen darin: „Infolge der ihm vom Gesetz beigelegten Rechtsstellung ist die Kenntnis des Gerichtsvollziehers von der Zahlungseinstellung des Schuldners ohne irgend welche Bedeutung. Die Frage der Ausführung der Zwangsvollstreckung wird vom auftraggebenden Gläubiger, soweit seine Vollmacht reicht, entschieden. Dem Ermessen des Gerichtsvollziehers ist bei der Ausführung der Zwangsvollstreckung ein gewisser Spielraum gewährt; sein Ermessen bezieht sich jedoch nur auf die Art der Ausführung der Zwangsvollstreckung, nicht auf die Frage, ob sie auszuführen sei. Es ist nicht nur der Wille des Gesetzgebers, sondern auch der Wille des Gläubigers, daß der Gerichtsvollzieher nicht zu prüfen hat, ob die Zwangsvollstreckung im Interesse des Gläubigers liegt, also auch nicht, ob wegen Zahlungseinstellung des Schuldners von der gesetzlich zulässigen Zwangsvollstreckung abzusehen sei. Der Gerichtsvollzieher will die Zwangsvollstreckung nur, weil der Gläubiger sie will. Es kommt für die Anfechtung der Zwangsvollstreckung die Kenntnis des Gerichtsvollziehers nicht in Betracht.

Der Auftrag zur Zwangsvollstreckung schließt eine Vorentscheidung des Gläubigers in sich, daß die Zwangsvollstreckung ausgeführt werden soll. Diese Vorentscheidung hat der Gerichtsvollzieher seiner eigenen Entscheidung, nach welcher er die Zwangsvollstreckung ausführt, zu Grunde zu legen. Man wird demnach die Kenntnis eines solchen Stellvertreters für erheblich erachten müssen, dessen Vertretungsbefugnis ihn ermächtigt, an Stelle des Gläubigers die Vorentscheidung zu treffen, daß die Zwangsvollstreckung auszuführen sei. Ein solcher Stellvertreter ist der Rechtsanwalt."

Diese Ansicht, daß die Kenntnis des Gerichtsvollziehers von der Zahlungseinstellung des Schuldners nicht dem Gläubiger schade, außer im Falle einer Spezialvollmacht, findet eine wesentliche Stütze in einer Entscheidung des Reichsgerichts.[1]) Hier heißt es: „Der vom Beklagten angerufene Rechtsgrundsatz, daß die Kenntnis des Bevollmächtigten dem Auftraggeber schadet, würde nur dann auf den Gerichtsvollzieher Anwendung finden, wenn ihm eine besondere Vollmacht erteilt ist."

Die Übersendung der vollstreckbaren Ausfertigung und das Verlangen der Zwangsvollstreckung ersetzt die Vollmacht nicht. In der oben erwähnten Entscheidung.[2]) Band XVI, heißt es ferner:

„Daraus, daß der Gerichtsvollzieher nach den Vorschriften der Civilprozeßordnung als Beauftragter des Gläubigers anzusehen ist, folgt noch nicht, daß er unbeschränkt als dessen Vertreter handle. In der Civilprozeßordnung ist bestimmt, in welchem Umfang der Gerichtsvollzieher durch den Auftrag der Partei zu deren Vertretung legitimiert wird; darüber hinaus hat er eine Vertretungsbefugnis kraft Gesetzes nicht."

Ja, in einer anderen Entscheidung[3]) wird sogar ausgeführt, daß der Gläubiger, welcher trotz Kenntnis von der Zahlungseinstellung eine Pfändung vollstrecken läßt, nicht dolos handle; umsoweniger treffe der Vorwurf des dolus den Gerichtsvollzieher, welcher den Auftrag zur Zwangsvollstreckung wegen Zahlungseinstellung des Schuldners gar nicht ablehnen kann.

Mit diesem Resultat stimmen auch diejenigen Schriftsteller überein, welche der Beamtentheorie huldigen; sie

[1]) Band IX, S. 363.
[2]) Band XVI, S. 396, am Ende.
[3]) Band XXV, No. 89.

führen für ihre Ansicht den Grund an, daß der Gerichtsvollzieher eben als öffentlicher Beamter fungiere, und daher seine Kenntnis oder Nichtkenntnis von der Zahlungseinstellung des Schuldners für den Gläubiger gänzlich belanglos sei. So z. B. Förster-Eccius.[1])

§ 12.

Als Ausfluß des Prinzips der Stellvertretung ist ferner die Bestimmung zu betrachten, wonach der Gerichtsvollzieher als Vertreter des Gläubigers pfändet. Hier entsteht nun die Frage, ob der Gläubiger durch die Pfändung des Gerichtsvollziehers Besitz an den gepfändeten Gegenständen erwirbt, oder ob der Gerichtsvollzieher als öffentlicher Beamter, ähnlich wie ein Sequester, die Sachen inne hat?

Zunächst kommt hier § 709 Abs. 1 C.-P.-O. in Betracht. Es heißt hier: „Durch die Pfändung erwirbt der Gläubiger ein Pfandrecht an den gepfändeten Gegenständen."

Zusammen gehalten mit den §§ 674, 675 C.-P.-O., wo gerade das Pfänden als eines der wesentlichsten Ausflüsse der gerichtsvollzieherischen Vollmacht hervorgehoben wird, ergiebt sich aus dem § 709 unseres Erachtens unzweifelhaft, daß der Gerichtsvollzieher als Vertreter des Gläubigers die Sachen in Besitz nimmt und der Gläubiger demgemäß durch die Pfändung den Besitz an den Sachen erwirbt.

Man hat nun den Einwand gemacht, daß im § 709 Abs. 2 C.-P.-O. ausgesprochen wird: „Das Pfandrecht gewährt dem Gläubiger im Verhältnis zu anderen Gläubigern dieselben Rechte wie ein durch Vertrag erworbenes Faustpfandrecht"; ferner wird auf § 41 K.-O. verwiesen:

[1]) Band II, S. 307, Note 17.

„Den Faustpfandgläubigern stehen diejenigen gleich, welche durch Pfändung ein Pfandrecht erlangt haben."

Hier sei also, argumentieren die Gegner, mit diesen Worten die Faustpfandqualität diesem Pfandrecht geradezu abgesprochen; es sei nur bezüglich des Erfolges dem Faustpfandrecht gleichgestellt.

Wenn man dieser Ansicht huldigt, kann man nur folgerichtig annehmen, daß der Gerichtsvollzieher, wenn er als öffentlicher Beamter pfändet, die Sachen als Sequester für den Gläubiger in Besitz nimmt; der Gläubiger erwirbt hiernach selbst keinen Besitz. So z. B. Voss[1]); ferner Nessel[2]) in Rassow und Küntzels Zeitschrift, welcher sich folgendermaßen äußert:

„Der Gläubiger wird durch den Akt der Pfändung nicht vertreten, da er als Privatmann nicht pfänden kann; der Gerichtsvollzieher pfändet daher auch nicht an Stelle des Gläubigers, sondern kraft öffentlichen Rechts als Organ der Staatsgewalt. Dadurch erwirbt er dem Gläubiger Rechte, welche lediglich Ausflüsse der gesetzmäßig ausgeübten Staatsgewalt, und nicht eines Vollmachtsvertrages sind."

Demgegenüber läßt sich geltend machen, daß die Bezeichnung Faustpfandrecht nach historischer Entwicklung sich auf das vertragsmäßige Pfandrecht beschränkt. Es ist im Gesetz auch gar nicht gesagt, daß Faustpfandrecht und Pfändungspfandrecht identisch, etwa infolge gleicher Entstehungsweise, wären, sondern es soll nur ausgedrückt werden, daß sie sich gleichständen in Bezug auf die Geltendmachung der aus ihnen entspringenden Rechte. Durch die Worte des Gesetzes selbst scheint es uns hinlänglich gerechtfertigt, anzunehmen, daß der Gläubiger

[1]) Archiv für civ. Praxis, XXVI. Band, II. Heft, S. 101 ff.
[2]) Band VIII, S. 97.

durch den Gerichtsvollzieher den Besitz der gepfändeten Sachen erwirbt.

Auf dem Gebiete der Zwangsvollstreckung gilt also der Gerichtsvollzieher innerhalb der vom Gesetz bestimmten Legalvollmacht als Vertreter des Gläubigers. Einer besonderen Betrachtung bedarf nun noch die Frage, in welcher Eigenschaft der Gerichtsvollzieher bei der Zustellung handelt.

§ 13.

Man unterscheidet bekanntlich Stellvertretung im Willen, d. h. die eigentliche Stellvertretung, und Stellvertretung in der Erklärung; hier ist der Vertreter nur das Werkzeug, dessen sich der Vertretene bedient, um seinen Willen kundzugeben. Er ist bloßer Bote; sein Wissen und Wollen ist daher rechtlich bedeutungslos. Ist der Gerichtsvollzieher nun ein solcher Bote oder ist er mehr als ein solcher?

Bei der Zwangsvollstreckung hat der Gerichtsvollzieher nicht nur thatsächlich, sondern auch rechtlich die Partei zu vertreten; er entfaltet eine eigene Willensthätigkeit für sie. Dies ist aber bei der Zustellung nicht der Fall. Hier empfängt der Gerichtsvollzieher nicht bestimmte Weisungen von der Partei; er hat nur deren Willen auszuführen, er ist sozusagen bloßes Sprachrohr. Mag er auch in der Art und Weise der Zustellung freier gestellt sein, jedenfalls bleibt das Eine bestehen, daß er auf den Willensinhalt der Partei keinen Einfluß ausübt, daß somit sein Wille für die rechtliche Seite der Zustellung gänzlich belanglos ist. Deshalb ist der Gerichtsvollzieher im Bereiche der Zustellung nur als Bote aufzufassen.

Dagegen ist von Welck[1]) Einspruch erhoben worden. Er meint, die Zustellung sei nicht bloß faktisch, sondern auch rechtlich bedeutsam. Als Begründung hierfür führt er zunächst an, daß die Zustellung rechtlich geregelt sei. Weshalb dieser Umstand aber Einfluß haben soll auf das Verhältnis des Gerichtsvollziehers zur Partei, ist uns nicht recht ersichtlich. Die Zustellung ist rechtlich geregelt, weil der Gerichtsvollzieher als Beamter des Staats der Partei gegenübertritt; soll er in Aktion treten, so bedarf es für die Art und Weise seiner Thätigkeit rechtlicher Normen. Daß diese Thatsache rechtlicher Regelung der Zustellung aber einen Schluß dahin zuließe, daß nun auch deshalb eine rechtliche Vertretung des Gerichtsvollziehers für den Gläubiger stattfände, vermögen wir nicht einzusehen.

Ein zweiter Grund, den dieser Schriftsteller anführt, ist der, daß die Teilnahme des Gerichtsvollziehers zur Vollendung der Parteihandlung unentbehrlich sei. Dies ist allerdings der Fall, allein ebenso gut trifft dies auch für die Zustellung durch die Post oder von Anwalt zu Anwalt zu. Man könnte also wohl allgemein sagen, die Teilnahme der vom Gesetz dazu autorisierten Organe ist erforderlich zur Vollendung der Parteihandlung. Weshalb soll darum aber bei der Zustellungshandlung aus dem Gerichtsvollzieher ein Stellvertreter im Willen werden? Dann würden auch hier für sein Verhältnis zur Partei die Normen über Stellvertretung zur Anwendung gelangen müssen, und dies würde zu ganz unhaltbaren Konsequenzen führen. Wir müssen vielmehr daran festhalten, daß sich bei der Zustellung die Handlungen des Gerichtsvollziehers als rein faktische Dienstleistungen charakterisieren, so daß er nur als Stellvertreter in der Erklärung, als Bote der Partei zu betrachten ist.

[1]) S. 515 ff.

§ 14.

Es bliebe uns zum Schluß nur noch zu erörtern übrig, welche Rechtsmittel dem Gläubiger zur Verfolgung seiner Rechte gegen den Gerichtsvollzieher offenstehen.

Auch hier bietet unseres Erachtens die Mandatstheorie ein ungleich befriedigenderes Ergebnis für den Gläubiger als die Beamtentheorie. Die Anhänger der Beamtentheorie kommen zu dem Resultat, daß gegen den Gerichtsvollzieher dem Gläubiger nur derjenige Rechtsweg offenstände, wie er jedem gegen einen Beamten zusteht: also die Syndikatsklage. Das Verhältnis zwischen Gerichtsvollzieher und Partei, so argumentieren sie, ist rein publizistischer Natur, es können folgerecht auch für die Frage der Entschädigungspflicht aus kulposen Handlungen des Gerichtsvollziehers nur die vom Staate in dieser Hinsicht aufgestellten Rechtsnormen Platz greifen.

Das Reichsgericht hat sich mit dieser Frage mehrfach beschäftigt. Es hat einmal die Ansicht ausgesprochen,[1]) daß die Vertretungsverbindlichkeit des Gerichtsvollziehers nicht nach den Grundsätzen des civilrechtlichen Mandats, sondern ausschließlich nach den für Staatsbeamte im allgemeinen geltenden Grundsätzen zu beurteilen sei. Diese fänden sich aber im allgemeinen Landrecht.[2])

Deshalb gelte auch für den Gerichtsvollzieher der § 91 A.-L.-R., welcher bestimmt: „Jedoch findet die Vertretung nur alsdann Platz, wenn kein anderes gesetzliches Mittel, wodurch den nachteiligen Folgen eines solchen Versehens abgeholfen werden könnte, übrig bleibt".

Diese, unserer Ansicht nach unzutreffende Entscheidung findet sich jedoch korrigiert in der schon

[1]) Band X, S. 233 ff.

[2]) II., 10. §§ 68, 85 ff.

citierten Entscheidung der vereinigten Civilsenate. [1]) Nachdem hier, wie schon oben erwähnt, die Mandatstheorie für das Verhältnis des Gerichtsvollziehers zum Gläubiger für zutreffend erachtet wurde, zieht das Reichsgericht denn hieraus auch die Folgerung, daß für die Haftbarkeit des Gerichtsvollziehers die Grundsätze vom Mandat maßgebend seien, sofern es sich um einen dem Gläubiger durch Nichtausführung oder nicht gehörige Ausführung ertheilten Auftrages zur Vornahme der Zwangsvollstreckung verursachten Schadens handelt".

Noch weiter geht Gaupp,[2]) welcher die Syndikatsklage überhaupt ausgeschlossen haben will, selbst wenn eine Amtshandlung die Ursache des Schadens bildet. „Der Gerichtsvollzieher haftet dem Gläubiger für den Schaden, welchen er diesem durch vertretbares Versehen bis Ausführung eines Vollstreckungsauftrags verursacht hat, nicht als Beamter, sondern nach den Grundsätzen des Mandats."

Das Prinzip, um das es sich hier handelt, ist unseres Erachtens in der Entscheidung des Reichsgerichts scharf und präzise zum Ausdruck gebracht. Es kann nicht die Frage sein, daß auch die Klagen aus dem Beamtenverhältnis dem Gläubiger zustehen. Dies wird immer dann der Fall sein, wo eine solche Thätigkeit des Gerichtsvollziehers, die rein publizistischer Natur ist, sich dokumentiert hat; diese Thätigkeit erzeugt die aus dem Beamtenverhältnis sich ergebenden Klagen. Überall da aber, wo es sich um Mandatsverhältnisse handelt, wie Zuwiderhandlungen gegen einen erteilten Auftrag, bei nicht oder nicht gehöriger Erfüllung eines solchen, bei ungenügender Abrechnung steht dem Gläubiger die Mandatsklage zu.

[1]) Band XVI, S. 396.

[2]) Civilprozeßordnung, II. Band, § 674, S. 353.

Im einzelnen Fall entscheidet sich dies dann danach, wie Jastrow[1]) richtig bemerkt, daß man zu prüfen hat, ob eine Klage sich lediglich gegen die Person des Gerichtsvollziehers, oder aber gegen die im Gerichtsvollzieher vertretene Staatsgewalt sich richten würde. Im ersteren Fall würde die Mandatsklage, in letzterem die Syndikatsklage Platz greifen.

Die actio mandati directa würde demnach dahin gehen, daß der Gerichtsvollzieher alles herauszugeben hätte, was er als Mandatar für den Gläubiger aus der Vollstreckungshandlung eingenommen hat. Andererseits hat denn auch der Gerichtsvollzieher den Anspruch, mittelst der actio mandati contraria Ersatz seiner Auslagen und Gebühren von dem Gläubiger zu verlangen. Der Gerichtsvollzieher haftet für vertretbares Versehen natürlich ebenfalls mit der Mandatsklage.

Zuständig für die Klage des Gerichtsvollziehers ist das Gericht des Hauptprozesses, wie aus § 34 C.-P.-O. hervorgeht. Dort heißt es:

„Für die Klagen der Prozeßbevollmächtigten, der Beistände, der Zustellungsbevollmächtigten und der Gerichtsvollzieher ist das Gericht des Hauptprozesses zuständig."

Hieraus geht hervor, daß dem Gerichtsvollzieher vom Gesetz selbst der civilprozessuale Klageweg eingeräumt wird, während der Fiskus seine Kosten kraft öffentlicher Rechtsnorm einzutreiben hat.

§ 15.

Wenn nun der Gerichtsvollzieher gegen den Gläubiger klagbar vorgehen will, so ist für diesen Fall noch das Eine hervorzuheben: Vorausgesetzt wird hierbei natürlich

[1]) Archiv, Band 68, S. 375.

immer, daß der Gerichtsvollzieher in den Schranken seiner ihm vom Gesetz verliehenen Amtsgewalt handelt. Überschreitet er diese eigenmächtig, so hat er kein Klagerecht gegen den Gläubiger. Und dasselbe muß gelten, wenn der gläubigerische Auftrag eine rechtswidrige Handlung des Gerichtsvollziehers verlangen würde: man denke z. B. an die Anstiftung zu einem Delikt. Da der Gerichtsvollzieher hier selbst an dem dolus des Gläubigers teilnimmt, kann er diesem gegenüber nicht ein Klagerecht aus dem zwischen ihnen bestehenden Mandatsverhältnis erwerben. Wenn dagegen sein Auftrag nur die Legalvollmacht überschreitet, er selbst aber innerhalb der Schranken dieser ihm vom Gläubiger erteilten besonderen Vollmacht handelt, wie z. B. im Falle einer Fristgewährung, einer Annahme insolutum datio u. s. w., so hat in diesem Fall natürlich der Gerichtsvollzieher die Mandatsklage gegen den Gläubiger.

Welck[1]) betont schließlich noch, daß die Partei durch die Annahme des Auftrags noch kein Klagerecht auf die auszuübende Thätigkeit des Gerichtsvollziehers erhält: „Das Hindernis", meint Welck, „besteht allein im Überwiegen des staatlichen Interesses an der Feststellung und Ausführung der Pflichten des Gerichtsvollziehers zur Thätigkeit über das Interesse des Gläubigers. Die Amtspflicht gebietet bereits, die Vollstreckungshandlung für die Partei vorzunehmen, ihre Wahrung ist Interesse des Staates. Der gangbare Weg ist hier der öffentlich-rechtliche".

Dagegen giebt Welck für die Auseinandersetzung zwischen Gläubiger und Gerichtsvollzieher nach vollzogener Vollstreckungshandlung ebenfalls die Kontraktsklage. Er argumentiert aber weiter, da die actio mandati directa

[1]) S. 594 ff.

auf Ausführung des Auftrags nicht Platz greife, sei der Begriff des Mandats überhaupt zur Konstruktion des Rechtsverhältnisses untauglich. Er nimmt im weiteren Verlauf seiner Ausführungen ein mandatähnliches Verhältnis an.

Wir sehen nicht ein, warum für das so geschaffene moderne Verhältnis nicht das Mandatsverhältnis Platz greifen soll. Was modern in dem Verhältnis ist, und nicht mehr zum römischen Mandatsbegriff paßt, führt natürlicherweise eine Modifikation herbei, aber doch so, daß wir sagen können: Die Grundzüge des Instituts sind erhalten.

Auch Welcks Einwand, daß von einem Mandat nicht geredet werden könne, weil bei diesem Verhältnis die actio mandati directa auf Ausführung des Auftrags nicht statthaben könne, kann dies nicht umstoßen. Wir haben oben ausgesprochen, daß, wo die Klage sich gegen die im Gerichtsvollzieher vertretene Staatsgewalt richten würde, die Mandatsklage nicht Platz greifen könne. Weigert sich z. B. der Gerichtsvollzieher, den ihm erteilten Auftrag zu übernehmen, so kann von einer Mandatsklage deshalb nicht die Rede sein, weil ein Mandat ja noch gar nicht zu Stande gekommen ist.

Unseres Erachtens zeigt gerade auch diese letzte Betrachtung, wie die Mandatstheorie, richtig verstanden, für das Verhältnis des Gerichtsvollziehers zur Partei zu den praktischsten und angemessensten Resultaten führt.

Und so können wir mit Fug und Recht sagen, daß sie, in Verbindung mit den von uns früher gewonnenen Ergebnissen dieser Untersuchung, unsere Auffassung bestätigt, daß der Gerichtsvollzieher bei der Zwangsvollstreckung thatsächlich als Vertreter der Partei handelt.